

UNA LECTURA CRÍTICA FRENTE A LA SELECCIÓN DE CONTRATISTAS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ESPECIALISTA
EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

Presentado por:

**BRENDA QUINTERO JIMÉNEZ
FERNANDO NEIRA ESCOBAR**



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
Noviembre 2017

RESUMEN

Teniendo en cuenta el número de contratos administrativos que se celebran en la actualidad, cobra real importancia el tema relacionado con los criterios utilizados por las entidades estatales para la selección de los contratistas, en aras de dar cumplimiento a unos de los principios orientadores de la actividad administrativa como lo es el de la “transparencia”, el cual garantiza a todos los ciudadanos, que el contratista seleccionado es aquel que realmente cumple con las condiciones necesarias para ejecutar el objeto contractual en cumplimiento del interés general, debiéndose a su vez garantizar la igualdad en el acceso de todos los interesados, para que estos tengan en igualdad de condiciones la posibilidad de celebrar el contrato con la Administración.

El artículo indaga a cerca del vacío normativo que ha existido y aún subsiste en Colombia frente a la Ley de contratación y sus modalidades y genera la importancia de impulsar serias modificaciones en pro de garantizar los principios constitucionales de igualdad, imparcialidad y transparencia, toda vez que en la actualidad no hay parámetros establecidos taxativamente en la norma, para que la entidad pública elija un proveedor y/o contratista con base a los requisitos plenamente señalados por la ley, sino por el contrario deja al libre albedrío de la entidad, definir e interpretar cuales de los proponentes se ajusta a las necesidades del cargo o servicio que busca, Permitiendo así, que la entidad elija al proveedor y/o contratista de manera subjetiva sin tener en cuenta otros factores que pueden ser decisivos para una buena elección en la contratación.

Se mostrará a través de las diferentes decisiones judiciales la necesidad que hay en Colombia de modificar la norma, para que haya un equilibrio con la nuestra constitución al invocar el principio de igualdad, imparcialidad y transparencia al celebrar un contrato con el Estado, sin importar su modalidad, máxime si es éste el primer garante en velar los derechos, valores y principios de nuestro ordenamiento jurídico.

Se observará que el actuar de los servidores públicos, depende de los valores y principios como seres humanos y la formación como profesionales, factores que se deberían ver reflejados en el buen funcionamiento de la administración y en la ejecución de las actividades propias del Estado, incluyendo la contratación.

De igual manera, es importante concientizar que los recursos designados para la contratación estatal, derivan de los impuestos y tributos que los mismos ciudadanos colombianos aportan con el fin de obtener y recibir mejores servicios por parte de la administración.

SUMMARY

Taking into account the number of administrative contracts currently held, the issue related to the criteria used by the state entities for the selection of contractors is of real importance, in order to comply with some of the guiding principles of the activity Administrative system such as "transparency", which guarantees all citizens that the contractor selected is the one who actually meets the necessary conditions to carry out the contractual object in compliance with the general interest, and in turn must guarantee equality In the access of all the interested parties, so that they have in equal conditions the possibility of concluding the contract with the Administration.

The article investigates the regulatory gap that has existed and still exists in Colombia in the face of the Contract Law and its modalities and generates the importance of promoting serious changes in order to guarantee the constitutional principles of equality, impartiality and transparency, since At present, there are no parameters established in the standard, for the public entity to choose a supplier and / or contractor based on the requirements fully indicated by law, but on the contrary it leaves the free will of the entity, define and interpret Which of the bidders fits the needs of the position or service you are looking for, Allowing the entity to choose the supplier and / or contractor in a subjective manner

without taking into account other factors that may be decisive for a good choice in the contracting.

It will be shown through the different judicial decisions the need that exists in Colombia to modify the norm, so that there is a balance with our constitution when invoking the principle of equality, impartiality and transparency when concluding a contract with the state, regardless of its modality, especially if this is the first guarantor in preserving in ensuring the rights, values and principles of our legal system.

It will be noted that the actions of public servants depend on values and principles as human beings and training as professionals, factors that should be reflected in the proper functioning of the administration and in the execution of the activities of the state, including the hiring.

In the same way, it is important to realize that the resources designated for state contracting derive from taxes that Colombian citizens themselves contribute in order to obtain and receive better services from the administration.

Palabras claves: Discrecionalidad, principios, contratación, entidad pública. Key words: Discretionality, principles, contracting, public entity.

INTRODUCCIÓN

La Administración pública en cumplimiento de su objeto primordial de satisfacción del interés general, ejecuta su facultad contractual mediante el anuncio o la invitación que realiza a los interesados en contratar con ella, para que estos participen en los diferentes procesos de selección y se hagan acreedores de la facultad de celebrar un contrato con el Estado.

Así las cosas, debemos tener en cuenta que la Administración realiza la oferta pública, mediante la publicación de un pliego de condiciones que establece las reglas que regirán

las futuras estipulaciones contractuales, lo que implica necesariamente que el contrato que se celebre sea considerado como un contrato por adhesión, cuyas cláusulas debe aceptar el particular contratista sin que este pueda modificarlas.

Esta particular circunstancia, muestra que la Administración manifiesta su voluntad unilateralmente para decidir cuál es la oferta más conveniente y declararla aceptada, bebiendo siempre favorecer el interés público mediante el impulso de una mayor competitividad entre los aspirantes a celebrar el contrato con la entidad pública.

Las entidades estatales gozan de cierto grado de discrecionalidad para la fijación de los criterios de evaluación de las propuestas presentadas en una licitación pública, sin que existan criterios legalmente establecidos que las obliguen a tener en cuenta circunstancias específicas para la adjudicación del contrato.

Se trata entonces de establecer la necesidad de crear nuevos mecanismos que garanticen la objetividad en un proceso de contratación con el Estado en sus diferentes modalidades, o crear conciencia al gobierno para que a través de la Ley, modifique e implemente los requisitos taxativos y específicos a tener en cuenta para evaluar a un proponente, proveedor y/o contratista al momento de ser elegido en un proceso de contratación.

Finalmente determinar si los principios de transparencia e imparcialidad que establecen la norma, son suficientes para garantizar la escogencia objetiva de contratistas, quienes deben tener la oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten durante todo el proceso de contratación.

Realizaremos una explicación de la legislación colombiana que hará énfasis en los cambios introducidos en materia de adjudicación, con el objeto de conocer la normatividad vigente sobre la materia, para que luego de un análisis de la misma, podamos establecer los avances o desarrollos que se hayan logrado en materia de la

fijación de criterios para la selección objetiva de los contratistas, dentro de los contratos que se celebren por parte de la Administración Pública.

Igualmente trataremos de mostrar las realidades que para la Administración Pública, lleva implícita la fijación de criterios de selección del contratista en materia de adjudicación de contratos administrativos, para así tener una claridad sobre la forma como incide la discrecionalidad del órgano de contratación en la fijación de los mismos y su evaluación o las reglas objetivas que deben seguirse a la hora de la adjudicación del contrato.

Posteriormente realizaremos un estudio de la forma como se aplican estos criterios de selección del contratista para la adjudicación del contrato a la luz de Ley 80 del 28 de octubre 1993, la cual contempla los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Consecutivamente efectuaremos un análisis de las garantías judiciales en la adjudicación y del control que sobre la discrecionalidad en materia de fijación de criterios de selección, pueden ejercer los jueces sobre los órganos de contratación, para determinar su contenido y alcance de conformidad con la actual legislación, en aras de establecer si este control tiene o no implicaciones, en relación con la fijación de parámetros que conlleven a la selección de la oferta más ventajosa para la entidad.

De igual manera, abordamos un análisis jurisprudencial sobre las últimas y más relevantes sentencias que en materia de contratación se han producido, con el objeto de especificar la aplicación práctica que se da a los conceptos y normas estudiadas en este artículo.

En conclusión se demostrará como resultado de la investigación que en la actualidad existe una brecha enorme en el deber ser de la contratación estatal en Colombia y en lo que hoy en día vemos en la práctica de cada entidad al momento de aplicar la norma y ejecutar los procedimientos establecidos para evitar que una vez se definen los requisitos

para llevar a cabo una licitación u otro tipo de contrato con el Estado, este garantice los principios Constitucionales y procedimientos legales ofrecidos de acuerdo a la normatividad vigente, que pese a carecer de fuerza y de fundamentos intenta generar una sensibilización del deber ser de la contratación estatal en nuestro país.

Sin una debida planeación, como una primera etapa del proceso contractual, el mismo se contamina de una serie de vicisitudes que terminan viciándolo, generando obstáculos para una integral ejecución de las etapas contractuales y post - contractuales. Así entonces, la planeación se constituye en un principio y en un deber de la Administración.

La Jurisprudencia ha reiterado el respeto al debido proceso en los procesos contractuales enfatizando que la administración pública debe regirse por los postulados establecidos en la norma contractual, para garantizar los principios rectores de la misma. En Colombia la falta de observación a estos fundamentos Constitucionales y Legales, ha generado desconfianza y pésimos resultados en la contratación, para evidenciar tal situación se realizó el estudio de las siguientes sentencias:

CONSEJERA PONENTE: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767)

Actor: CARLOS EDGAR MORENO RINCON

Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA; SECRETARIA DE HACIENDA

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013).

Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315)

Actor: JAIRO OSPINA CANO

Demandado: AREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

CONSEJERO PONENTE: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642)

Actor: ANDINA DE CONSTRUCCIONES LTDA.

Demandado: MUNICIPIO DE RIONEGRO Y OTROS

Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
-CONTRACTUAL-

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, veintidós (22) de octubre del dos mil quince (2015)

Radicación número: 190012331000200700555 01 (48.061)

Actor: Ecopetrol S.A

Demandados: Gran Tierra Energy Colombia Ltda.

Asunto: Acción Contractual (Sentencia)

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 760012331000200502371 00 (49.847)

Actor: C.E.S.I. – CENTRO DE ESTUDIOS PARA LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN
Demandados: MUNICIPIO DE CALI – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN E INSTITUCIÓN
EDUCATIVA EUSTAQUIO PALACIOS

Asunto: Acción de Controversias Contractuales (Sentencia)

CORTE CONSTITUCIONAL

MAGISTRADA PONENTE: Dra. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Bogotá, D.C., cinco (5) de septiembre de dos mil uno (2001)

Actor: Humberto Longas Londoño

Referencia: expediente D-3277

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 ordinal 1 literal b), ordinal 2 literales a) y b), parágrafo; artículo 6 (parcial); artículo 7; artículo 11 ordinal 3 literal a), literal b) (parcial); artículo 12; artículo 16 inciso 2 (parcial); artículo 18 inciso 2 (parcial); artículo 19; artículo 22 inciso 6; artículo 24 ordinal 1 (parcial) y literales a), b), c), d), e), f), g), h), i), j), k), l), m), párrafos 1, 2, y 3; artículo 25 numerales 10, 19 inciso 5; artículo 32 parágrafo 2; artículo 33 inciso 4 (parcial) y parágrafo; artículo 35 parágrafo 1 (parcial); artículo 36 inciso 1 (parcial) y parágrafo; artículo 37 parágrafo 1 inciso 2 (parcial) parágrafo 2 (parcial) artículo 38; artículo 39 parágrafo; artículo 42; artículo 43 y artículo 76; de la Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública”.

CORTE CONSTITUCIONAL

MAGISTRADA PONENTE: Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil nueve (2009).

Demandante: Martín Bermúdez Muñoz

Referencia: expediente D-7663

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2 (parcial) y 5 (parcial) de la Ley 1150 de 2007.

DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

ANTECEDENTES JURÍDICOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA.

1. Fundamentos Constitucionales de la Contratación Pública en Colombia.

- a. Art. 209 de la Constitución Política de Colombia: *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las Autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale en la ley”*
- b. Art. 269: *“En las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno de conformidad con lo que se disponga la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas.*

La Constitución Política de Colombia de (1991) que le brinda la potestad a las entidades públicas para que maneje de forma independiente procedimientos que le permitan ejecutar actos contractuales según sus necesidades, estableciendo métodos y normas internas, teniendo en cuenta el interés general y los principios de derecho, por cuanto el Estado es titular para realizar el control de las actuaciones realizadas en los términos de la Ley.

2. Fundamentos Legales de la Contratación Pública en Colombia.

- a. Ley 80 de 1993: *Estatuto de la administración pública, se enmarcan las normas generales para la supervisión de los contratos estatales.*

- b. Ley 1150 de 2007: *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.*
- c. Ley 1474 de 2011: *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.*
- d. Decreto 734 de 2012: Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. (Derogado por el art. 163, Decreto Nacional 1510 de 2013).
- e. Decreto 1510 de 2013: Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.

Esta reglamentación desarrolla los postulados de los artículos 209 Superior y 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de (1993) en lo concerniente a que la contratación pública está al servicio de los intereses generales.

MOALIDADES DE CONTRATACIÓN

Ahora bien, con el fin de demostrar que en las entidades está prevaleciendo la discrecionalidad frente a los principios de transparencia, imparcialidad y igualdad como consecuencia del vacío normativo, es necesario señalar a continuación las modalidades de contratación de conformidad con el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, las entidades seleccionarán a los contratistas a través de las siguientes modalidades:

I. Licitación pública.

Bajo la licitación pública se puede utilizar un sistema de oferta dinámica, por medio de la cual se selecciona al proponente que haya ofrecido más por un bien o servicio, o de subasta inversa, es decir que se selecciona a aquel que ha ofrecido un menor valor por la ejecución del contrato.

La licitación pública permite la contratación para la ejecución de obras o adquisición de bienes o servicios, así como también funciona como proceso de selección residual, mediante el cual se seleccionará aquel objeto que se pretenda contratar si no existe otro procedimiento aplicable, o incluso si lo que se requiere contratar es una mezcla de la selección de bienes o servicios que deberían contratarse mediante otra modalidad.

II. Selección abreviada.

Esta modalidad permite, por las especiales características de los bienes o servicios a contratar, que se lleve a cabo un proceso de selección más corto a la licitación pública. Esta modalidad es usada para:

- Adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, lo que significa que se trata de bienes y servicios que cumplen con características de desempeño y calidad objetivas.
- Contrataciones de menor cuantía. La cuantía se determina de acuerdo con el presupuesto de las entidades.
- Prestación de servicios de salud, sin perjuicio de lo establecido en la Ley 100 de 1993.
- Cuando una licitación pública haya sido declarada desierta.

- Enajenación de bienes del Estado, con excepción de enajenación de acciones, cuotas de interés o bonos convertibles en acciones de entidades públicas, lo cual se encuentra regulado por la Ley 226 de 1995.
- Productos de origen o destinación agropecuarios.
- Actos o contratos que tengan por objeto directo las actividades propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y de sociedades de economía mixta, con excepción a contratos de (i) obra pública, (ii) consultoría, (iii) prestación de servicios, (iv) concesión, y (v) encargos fiduciarios y fiducia pública.
- Contratos de las entidades cuyo objeto sea la reinserción, desmovilización, protección de personas amenazadas, atención a desplazados y en general protección que se encuentren en alto grado de vulnerabilidad.
- Bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional.
- Se exceptúan de esta modalidad de contratación, las obras públicas y los servicios intelectuales.

III. Concurso de méritos.

Mediante los concursos de méritos, se realiza la contratación de consultores o proyectos en donde se busque contratar la experticia e intelecto de una persona o grupo de personas, en áreas específicas.

Los concursos de méritos, como su nombre lo indica, busca calificar la experiencia de los proponentes, el cumplimiento de factores objetivos legales y de capacidad financiera, y en ese sentido no se toma como factor determinante para la selección del contratista las ofertas económicas.

IV. Contratación directa.

Esta modalidad se encuentra restringida a la contratación en casos de (i) urgencia manifiesta, (ii) contratos de empréstitos, y (iii) contratos interadministrativos, cuando la contratación esté directamente relacionada con el objeto de la entidad contratante.

Se exceptúan de esta modalidad los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad con las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública según la naturaleza jurídica de la entidad estatal, que respondan a regímenes privados de contratación o que por expreso mandato de la ley deban llevar a cabo licitaciones públicas o selección abreviada.

V. Mínima cuantía.

Se realiza cuando el contrato tiene un valor inferior o igual al 10%, de la mínima cuantía de la entidad el cual se determina de acuerdo con su presupuesto anual, sin importar la naturaleza jurídica de la entidad. Este no es un procedimiento especial, sino que tiene unas condiciones menos estrictas para la participación de los proponentes¹

APLICACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD A LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

Debemos tener en cuenta que la celebración de contratos por parte de las entidades estatales se encuentra siempre determinada por el principio del interés general, por lo que, la actuación de la Administración Pública por regla general debe fundamentarse en el principio de legalidad, en beneficio de los intereses de los administrados y de la seguridad jurídica propia del Estado de Derecho.

Este principio comprende, que los actos celebrados por las entidades estatales estén sujetos a la ley, es decir implica la necesaria conformidad de los procedimientos,

¹ ANDI - Asociación Nacional de Empresarios de Colombia

actuaciones, decisiones y actos que deben proferirse con ocasión de la celebración del contrato, con el ordenamiento jurídico vigente.

Aunado a lo anterior, y en consideración al interés general perseguido por las entidades estatales, por excepción se le conceden a la Administración estas facultades discrecionales en materia contractual, para que, de conformidad con ciertos criterios fijados por la ley, evalúe las propuestas presentadas y elija la que en mayor proporción se adapte a los fines perseguidos con la contratación. A esta clase de discrecionalidad es a la que podemos denominar “discrecionalidad técnica” de conformidad con la cual como lo explicamos anteriormente, según la diferenciación de los tipos de discrecionalidad que realiza el autor Sánchez Morón “supuestos tipo”, “la ley confiere un ámbito de decisión a los administradores para obtener un resultado conforme a evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica”. (p. ej. El derecho de los participantes en un proceso de selección a ser calificados según sus méritos y capacidad). Creo que acá radica la importancia de la facultad discrecional otorgada a la Administración para la fijación de los criterios de selección del contratista, en que esta busque entre todas las propuestas presentadas para la adjudicación del contrato, la que más se ajuste a los fines perseguidos por la entidad.

Por consiguiente, para la evaluación de las propuestas, la Administración deberá realizar los juicios de valor y las apreciaciones que considere necesarias, con el objeto de seleccionar la que le permita cumplir con las finalidades estatales, el bien común y el interés general.

Es en este sentido, en que el autor Jaime Orlando Santofimio, afirma “En un Estado sujeto a un régimen de supremacía de la ley - Estado de Derecho- , el principio de legalidad se materializa como una cobertura de la ley, previa a la manifestación de cualquiera de los órganos del poder público o de los particulares que ejerzan función

administrativa, sin sujeción a la cual los actos y contratos por ellos proferidos o celebrados se considerarían ilegales y en consecuencia carentes de validez”²

Se deben tener en cuenta en este aspecto, que otro de los principios generales de la contratación administrativa, es la selección objetiva del contratista, lo que implica no obstante la primacía del principio de legalidad, la aplicación excepcional de las reglas de discrecionalidad, en donde se otorga facultades a la Administración Pública para elegir la propuesta más ventajosa para la entidad, con el fin de cumplir con las finalidades estatales de esta.

Así las cosas, podemos afirmar que “aunque haya un cierto grado de discrecionalidad – en el mejor sentido, es decir como poder que el propio Derecho Administrativo le concede a la Administración, o lo que es lo mismo, cuando ejerce la capacidad suficiente la Administración para adoptar las disposiciones que considere oportunas para el cumplimiento de los superiores cometidos y finalidades estatales, sin que por esto se esté desconociendo la trascendencia de lo legislativo e irrespetando el campo de acción que le corresponde en gran parte, por no decir en su totalidad, a la regulación legal que de la materia hace el ordenamiento jurídico-administrativo - la Administración no puede salirse de los cauces normales que manda el conjunto normativo que gobierna el ordenamiento jurídico de contratos públicos en general”³.

Por otro lado, y de conformidad con lo anterior, no podemos olvidar que la facultad discrecional otorgada a la Administración Pública, para elegir la propuesta más ventajosa, no es en ninguna manera una facultad absoluta, toda vez que la entidad debe expresar los motivos que fundamentan su decisión para que se pueda realizar el control jurisdiccional respectivo.

² SANTOFIMIO G. Jaime Orlando, “Delitos de celebración indebida de contratos”, Universidad Externado de Colombia, 2002, pág.116.

³ EXPOSITO VELEZ. Juan Carlos, “La configuración del contrato de la administración pública en derecho Colombiano y Español”, Universidad Externado de Colombia, 2003, pág. 411.

Es por esto que todo acto de adjudicación, deberá estar sustentado en los dictámenes que demuestren que la propuesta seleccionada, ha cumplido satisfactoriamente con las exigencias, técnicas, legales y financieras establecidas en las condiciones para la contratación. La adjudicación definitiva del contrato, que en todo caso deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores”, la motivación del acto de adjudicación, se refiere a ese respaldo escrito y debidamente fundamentado que demuestre el cumplimiento de todos los parámetros fijados en el pliego de condiciones.

Esto ya que mediante la motivación, se garantiza el respeto a los principios de la contratación administrativa, principalmente, el de publicidad y de legalidad, con lo cual los interesados en un concurso tendrán la oportunidad de conocer todos y cada uno de los aspectos que han sido tomados en cuenta para adoptar la decisión y en su caso ejercer su derecho de recurrirlo, si considera la existencia de alguna inconsistencia o falta de fundamentación.

Como consecuencia de lo anterior, tenemos que se exige la motivación de los actos que ponen fin a los procedimientos selectivos en la contratación administrativa, la cual deberá realizarse de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, para exponer fundamentos en los cuales se basó la toma de la resolución que se adopte.

Adicional, no debemos olvidar que para que la discrecionalidad no se convierta en una arbitrariedad debe existir principios y valores humanos de los funcionarios públicos que administran y dirigen las entidades públicas, ya que por el abandono moral, y la falta de ética pública de quien administra, ha permitido que el ejercicio de la función pública se distorsione y no se aplique fundamentalmente garantizando el interés general y los principios consignados en nuestro ordenamiento jurídico para la contratación estatal.

Todo personal que entre a hacer parte de las entidades del Estado Colombiano debe procurar de tomar conciencia de que como servidor público está en el deber de velar por las necesidades de cada individuo. El gobernante tiene el deber y por supuesto la

capacidad de trabajar para la comunidad no para vivir de ella o servirse de su cargo para intereses personales.

Es por ello, que cada Entidad ha creado el Código de Ética y Buen Gobierno, que tiene la finalidad de preservar los principios constitucionales que permiten garantizar el buen manejo de la administración por parte de cada uno de los servidores públicos, quienes deben ser personas que demuestren en su actuar los valores como persona, profesional y empleado del Estado.

Así mismo, mediante la Ley 1474 del 2011, se reforzó la actividad pública y con base a esa norma los funcionarios conozcan y ejercen la función pública con transparencia e integridad y lograr combatir la corrupción que se presenta en Colombia.

OFERTA MÁS VENTAJOSA – CRITERIOS DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA.

De conformidad con lo hasta acá expresado, vemos que las entidades estatales al momento de contratar deberán escoger la propuesta que sea más favorable para la entidad, por lo que en la valoración de las ofertas presentadas, se deberán tener en cuenta aquellos criterios de evaluación que permitan definir cuál de estas es la más ventajosa, es decir la que conviene más a la entidad.

Al respecto nos parece de gran importancia lo sostenido por el autor Cudero Blas en relación con los conceptos de oferta más ventajosa y discrecionalidad, quien manifiesta “conviene, no obstante, delimitar con precisión la naturaleza jurídica de la actuación administrativa en la adjudicación de los concursos. Y es que, a mi juicio, el término “oferta económicamente más ventajosa” constituye un concepto jurídico indeterminado y no entraña, propiamente, una potestad discrecional. La diferencia entre ambos conceptos es sencilla aunque, en ocasiones, difícil de delimitar en la práctica: cuando hablamos de discrecionalidad estamos diciendo que la Administración está capacitada para adoptar diversas soluciones que son igualmente justas o, dicho en otros términos, que la

Administración se mueve entre indiferentes jurídicos; si, por el contrario, la decisión está especificada a través de un concepto jurídico indeterminado, sólo cabe una solución justa.

Esto es lo que ocurre con el término analizado. Así, la discrecionalidad actuaría en la determinación previa de aquello que resulta más ventajoso para el interés público ⁴

ANALISIS JURISPRUDENCIAL

1. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ

Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767), Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011).

Por regla general, en Colombia, todo negocio jurídico en donde intervenga la Administración Pública a través de sus entidades estatales, entendidas como aquellas organizaciones administrativas en las cuales el Estado se encuentra sectorizado para el cumplimiento de sus objetivos, se debe aplicar el Estatuto General de la Contratación Pública; a su vez, se establece que los contratos que celebren las entidades del Estado deberán regirse por las disposiciones comerciales y civiles, salvo aquellas reguladas específicamente por la Ley 80 de 1993.

Los principios de la contratación estatal, son reglas generales que inspiran toda la regulación, sin que requieran de una manifestación legal expresa. Tienen su aplicación al momento mismo de hacer la interpretación del contrato o de cualquiera de sus estipulaciones.

⁴ CUDERO BLAS, Jesús, El Control Jurisdiccional de la preparación y adjudicación de los contratos del sector público.

Los principios establecidos en el estatuto de contratación pública están dados para el cumplimiento de los fines estatales, así como la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, por lo tanto la aplicación de estos principios buscan garantizar el interés general y la adecuada inversión de los recursos públicos; bajo esta premisa se puede entonces inferir que la exigencia efectuada por el legislador para que los reglamentos de contratación especial contaran con los principios establecidos en la ley suponen un marco a seguir tanto en las actuaciones de la administración, de los servidores públicos que la representa y de los mismos contratistas o inversionistas los cuales deben supeditarse al cumplimiento de los fines del Estado.

En la teoría de los contratos, y en Colombia a partir de la Constitución de 1991, el contrato estatal va más allá de los criterios del derecho civil, que se apoyan en la autonomía de la voluntad y la inmutabilidad, para incorporar postulados como la reciprocidad y la buena fe, contenidos en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 según el cual “En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe, la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” .

A la luz de la norma mencionada, el valor ético de la confianza como fundamento del contrato administrativo adquiere relevancia particular porque contribuye a humanizar las relaciones entre la Administración y el administrado. Dada la supremacía jurídica de la Administración Pública es necesario que su conducta se someta a los dictados éticos de la buena fe; por ejemplo, en los contratos administrativos, que es el objeto de estudio, en los que el derecho le confiere a la Administración una posición de superioridad, que se manifiesta no sólo en la atribución de las potestades de modificarlo, terminarlo o interpretarlo mediante el ejercicio de la decisión unilateral y ejecutoria, sino también en otros poderes y privilegios, tales como el de control y dirección, el de imponer sanciones, etc.

Para el Consejo de Estado en el presente caso que se analiza, la falta de aplicación de los principios de la contratación estatal, fue el fundamento para tomar la decisión que se adoptó, pero es importante también resaltar que el principio de la buena fe, debe ser rector en todas las actuaciones de la administración y de los particulares, más aun cuando este principio se presume y tanto unos como los otros deben actuar de conformidad.

En este sentido, la buena fe se debe establecer como un deber de la administración, el cual debe identificarse con el ánimo de servicio y de solución a legítimas pretensiones. De manera que su desconocimiento trae consigo una sanción, que debe ser impuesta luego de abordar todos los requisitos probatorios y de haberse desvirtuado suficientemente la buena fe presunta de la actuación de una determinada autoridad.

No es aceptable que la administración, en este caso el Departamento, por evitar el procedimiento establecido por la Ley para llevar a cabo una contratación, realice un mal uso de la norma y desvíe desde todo punto de vista la figura que debe primar en todas las actuaciones de los servidores públicos y es la transparencia para lograr la efectividad de los derechos e intereses de los administrados y la eficiente prestación de los servicios públicos.

Cuando la potestad administrativa se ejercita para proferir este tipo de actos, suele ocurrir que, la noción de interés general que le corresponde elegir al administrador (discrecionalidad administrativa) no sea unívoca o, a lo sumo, no exista la suficiente claridad sobre el fin establecido por la norma habilitante. En dicha circunstancia es posible que, ante una errática decisión del servidor, la jurisdicción contenciosa administrativa declare nulo absolutamente el contrato, por desviación de poder, como ha ocurrido en el caso que nos ocupa, aunque el fin desviado del administrador lo sea en procura de cumplir con una necesidad de quien representa.

Hasta qué punto la discrecionalidad de la que gozan las entidades estatales (o sus administradores) para la selección del contratista, está limitada por ciertos aspectos

fijados por la Ley, o como en el caso en estudio esa discrecionalidad se convierte en arbitrariedad, toda vez que no se cumplen los procedimientos, ni los parámetros establecidos por la Ley para la contratación estatal.

Ahora bien, el Consejo de Estado en su decisión pone en conocimiento de los regímenes sancionatorios para que en cumplimiento de su función se revise el ejercicio de la función administrativa por parte del servidor público, no obstante, en dichos escenarios (penal, fiscal y disciplinario) no será la estructura misma del contrato lo que se analiza, sino que lo será, exclusivamente, la conducta del servidor para efectos de su responsabilidad personal. El ejercicio de la función administrativa por el servidor público, cuando es desplegada con evidente mala fe, puede generar sanciones; así, por ejemplo, si la actitud desleal del administrador genera un daño patrimonial a cargo de la entidad que representa, deberá responder.

En este caso se evidencia el abuso de quienes tienen la potestad para contratar en las entidades del Estado, toda vez que es claro que la administración, en este caso el Departamento de Cundinamarca, actuó con violación al principio de buena fe y demás principios que rige la contratación estatal, al fraccionar el contrato y realizarlo sin el lleno de los requisitos establecidos por la norma en este caso la Ley 80 de 1993.

2. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009), Bogotá D. C., noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008).

El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos *“instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la*

administración, las tareas acordadas”⁵. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado.

De allí que haya lugar a diferenciar entre la potestad discrecional de la administración, de la facultad de interpretación o hermenéutica, esta última permitida no sólo por la ley de manera expresa, sino necesaria para llenar los vacíos o lagunas que se presenten en el pliego o, en su defecto, las antinomias que puedan desprenderse del texto, exégesis que estará ceñida a los principios generales del derecho (público y privado), a los de la función administrativa, a la finalidad del pliego, y a la protección del interés general. Como se aprecia, la ley avala la posibilidad de que la administración interprete el pliego de condiciones, con miras a que ciertas formalidades no sacrifiquen la eficiencia y eficacia del proceso de escogencia del contratista; corresponderá, por ende, a la entidad respectiva la valoración de la respectiva disposición para determinar si el requisito inobservado es sustancial o simplemente formal y, por lo tanto, si es posible su subsanación sin afectar los principios de igualdad y de selección objetiva. Así las cosas, los pliegos de condiciones al estar contenidos en un acto jurídico mixto que, en cierto modo, contienen descripciones generales, sin que ello lo convierta en un reglamento—para que se surta el proceso de selección, es posible que sea viable su hermenéutica o interpretación, bien porque se hace necesario para solucionar un problema estrictamente formal de una propuesta y por consiguiente determinar su admisibilidad y evaluación, porque es preciso determinar el contenido y alcance de una de las cláusulas o disposiciones fijadas.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Referencia: expediente D-7663, M.P Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2 (parcial) y 5 (parcial) de la Ley 1150 de 2007.

Si hablamos de actos discrecionales hay unas técnicas de control específicas atendiendo a que lo propio en un acto discrecional es que la decisión sea inatacable en su "núcleo duro", es una elección basada en criterios de pura oportunidad, entre alternativas u opciones que son justas en sí, de manera que el interés público se satisface en el hecho mismo de optar o de no hacerlo, elección respecto de la cual un control judicial que discurriera fuera o al margen de los aspectos controlables se saldaría no con un juicio de legalidad sino de oportunidad: el Tribunal sustituiría el criterio o la opinión administrativa por el suyo propio.

Este control de la discrecionalidad debe hacerse desde una perspectiva estrictamente jurídica, de legalidad plena, adoptando pronunciamientos anulatorios cuando la actuación administrativa traspasa los límites jurídicos de la discrecionalidad, cuando vulnera los elementos reglados o incurre en arbitrariedad, desviación de poder, ausencia de justificación o error en el criterio administrativo adoptado, pero sin poder acudir los tribunales a razones de oportunidad o conveniencia, de idoneidad técnica, económica o social, sin poder el juez imponer el criterio que considere prevalente, pues la Ley no quiere que en materias de discrecionalidad administrativa el criterio valorativo último sea el jurisdiccional, pues el núcleo de la decisión se encuentra dentro de la competencia administrativa.

Desde este punto de vista, la importancia de los controles, radica en que, se le pone un freno a la Administración, para la interpretación de cláusulas ambiguas incorporadas por el mismo órgano de contratación, en los pliegos de condiciones.

Lo que favorece y da transparencia al proceso de selección, ya que si se tiene en cuenta que todos los contratistas deben participar en igualdad de condiciones, estos deben tener absoluta certeza de cuáles son los requisitos que deben cumplirse para la presentación de su propuesta, los cuales si no son claros por la existencia de cláusulas ambiguas, estas no deben favorecer a quien ha ocasionado esa oscuridad en la cláusula, y menos siendo la propia Administración la que genere dicha ambigüedad.

CONCLUSIONES

1. En la celebración de los contratos estatales, la Administración Pública deberá propender porque los proponentes participen en igualdad de condiciones, para garantizar la transparencia y la correcta adjudicación del contrato. Esto en consideración a que como se desarrolló a lo largo de este trabajo, entre los principios básicos de la contratación pública, encontramos, principalmente que para la selección del contratista se debe tener en cuenta los principios de igualdad y la prohibición de toda discriminación, en conexión con los principios de publicidad, transparencia y concurrencia, que actualmente se ven fortalecidos, con la inclusión de medios electrónicos en los procesos de selección.
2. En la actualidad es de gran importancia abordar en el estudio de las legislaciones, (para determinar si es necesaria una reforma o no de las mismas) dos aspectos que resultan relevantes a efectos de la defensa (no sólo de la libre competencia, sino también de la objetividad, publicidad e imparcialidad que deben presidir del mercado de la contratación) y estos son, en primera medida, el acceso al mercado de la contratación pública, en concreto, lo referente a la "preselección del contratista", y en segunda medida, la efectiva aplicación de los principios de transparencia y objetividad en los procedimientos de selección del contratista.
3. La selección del contratista en todos los casos tiene que ser objetiva, es decir, que la escogencia de esta se deberá hacer al ofrecimiento más favorable a la entidad estatal y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.
4. Por ofrecimiento más favorable se entiende aquel que, teniendo en cuenta un conjunto de factores, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, resulta ser el más ventajoso para el Estado, y es este el sentido y alcance que se le debe dar al "deber de selección objetiva".

5. Para que sea considerada como objetiva la fijación de los criterios de selección, se deberá esta realizar de tal manera, que se proporcionen efectivamente reglas “objetivas” para medir, es decir que estas permitan que los resultados sean iguales al ser medidos por cualquiera, o dicho en otros términos, que no se fijen criterios de selección que por su vaguedad e indeterminación, no sean los que efectivamente sirven para determinar cuál es la oferta más ventajosa para la entidad, independientemente de cual sea el órgano de contratación que los fijo, lo que implica que estos deben escogerse atendiendo a la realidad de las circunstancias, para de acuerdo a estas concluir cuál de las ofertas presentadas conlleva a la selección justa, es decir la única que puede merecer la calificación de proposición más ventajosa.
6. El requisito legal, referente a la obligatoriedad de toda entidad estatal, al momento en que pretende iniciar un proceso de selección, de publicar los pliegos de condiciones, me parece una garantía establecida en favor de todas aquellas personas interesadas en una contratación administrativa, con el objeto de que estas puedan verificar las condiciones por las que se regirá el proceso y posteriormente comprobar si la Administración efectivamente adjudico el contrato a la oferta más ventajosa para la entidad, de conformidad con los criterios de selección fijados. Por esto, considero importante que en la fijación de los criterios de selección del contratista, realmente sean tenidos en cuenta aquellos que verdaderamente garanticen las mejores
7. No hay una reglamentación en materia de contratación que verdaderamente determine cuales criterios deberán ser tenidos en cuenta para decidir que la elección realmente se hará a la oferta más ventajosa, ni mucho menos que valor se debe dar a cada uno de estos, pues la ley no limita la libertad de la Administración, imponiendo el valor que se debe dar para la evaluación de los mismos.

Por lo anterior, nos parecería importante lograr establecer parámetros determinantes para la fijación de estos criterios que se evaluarán en las licitaciones con el objeto de determinar cuál es la oferta más ventajosa.

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Consejo de Estado, Providencia (49.847), (27) de enero de (2016)

Consejo de Estado, Providencia (48.061), (22) de octubre de (2015)

Consejo de Estado, Providencia (25642), (24) de julio de (2013)

Consejo de Estado, Providencia (27315), (24) de abril de (2013).

Consejo de Estado, *Providencia (17767), (31) de enero de (2011).*

Consejo de Estado, *Providencia (17009), (13) de noviembre de (2008).*

Corte Constitucional, *Providencia (D-7663), (7) de octubre de (2009)*

Corte Constitucional, *Providencia (D-3277), (5) de septiembre de (2001)*

Ley 80 de 1993 *Estatuto de la administración pública, se enmarcan las normas generales para la supervisión de los contratos estatales.*

Ley 1150 de 2007 *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.*

Ley 1474 de 2011 *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.*

Decreto 734 de 2012 *Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. (Derogado por el art. 163, Decreto Nacional 1510 de 2013).*

Decreto 1510 de 2013 *Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.*

EXPOSITO VELEZ. *Juan Carlos, “La configuración del contrato de la administración pública en derecho Colombiano y Español”, Universidad Externado de Colombia, 2003, pág. 411.*

CUDERO BLAS *Jesús, El Control Jurisdiccional de la preparación y adjudicación de los contratos del sector público.*

SANTOFIMIO G. *Jaime Orlando, “Delitos de celebración indebida de contratos”, Universidad Externado de Colombia*

ANDI - *Asociación Nacional de Empresarios de Colombia*